



90 Jahre Fürstlicher  
Oberster Gerichtshof

Festschrift  
für Gert Delle Karth

GEORG SCHIMA

# Kontrolldefizite im Österreichischen und Liechtensteinischen Stiftungsrecht

## I. Einleitung, Problemstellung

Die Österreichische und die Liechtensteinische Privatstiftung nehmen – trotz einiger mehr oder weniger grundlegender Unterschiede – gemeinsam eine Sonderstellung in den Europäischen Stiftungsrechtsordnungen ein. Denn so gut wie kein anderes Stiftungsrecht kennt diese Art von Flexibilität schon bei der Errichtung durch den Stifter und der Ausgestaltung der Stiftungsdokumente, insbesondere durch Statuierung umfassender Änderungs- und Widerrufsrechte des Stifters. Auch die Schweiz hat kein derartiges Stiftungsrecht, obwohl sie im Ausland zumindest bis zum 3. März 2013, als sich die sog »Abzocker-Initiative«<sup>1</sup> mit 67,9% Mehrheit gegenüber einem von sämtlichen Parteien getragenen, ebenfalls weitreichenden Gesetzes-Gegenvorschlag durchsetzte und angenommen wurde, oft mit Wirtschaftsliberalität schlechthin gleichgesetzt wird. Das dortige Stiftungswesen wird vielmehr klar von gemeinnützigen Stiftungen dominiert.

Diese Gemeinsamkeit der Stiftungsrechte von Österreich und Liechtenstein zeigt sich auch anhand der Gesetzgebungsgeschichte: Einerseits orientierte Österreich sein 1993 erstmals aus der Taufe gehobenes Privatstiftungsrecht unverkennbar an dem schon lange bestehenden Liechtensteinischen Stiftungsrecht, und andererseits flossen in die Totalreform des Liechtensteinischen Stiftungsrechtes 2008 gewisse Elemente des Österreichischen Privatstiftungsrechtes und

<sup>1</sup> Gemeint ist die Initiative des parteilosen Ständerats und Schaffhausener Kleinunternehmers *Thomas Minder*, aufgrund deren Annahme in der Schweizer Verfassung nun Bestimmungen eingefügt wurden, die zB jedwede Abgangsentschädigungen oder Vorauszahlungen, aber auch Vergütungen für den Kauf oder Verkauf eines Unternehmens (teils) bei Strafe verbieten und vorschreiben, dass die Aktionäre zwingend nicht nur über die Vergütung des Verwaltungsrates, sondern auch der Geschäftsleitung abstimmen und Verwaltungsratsmitglieder zwingend jährlich neu zu wählen sind (vgl dazu aus österreichischer Sicht *G. Schima*, Vom Niedergang der Verantwortung, format 1. März 2013, Seite 12).

der in Österreich geführten Diskussion ein, woran die Zuziehung österreichischer Experten<sup>2</sup> zweifellos ihren Anteil hat.

Dass die Gemeinsamkeiten des Österreichischen und Liechtensteinischen Privatstiftungsrechtes in Österreich nicht immer erkannt werden (wollen), mag daran liegen, dass Liechtenstein in den letzten Jahren nicht zuletzt wegen seines Stiftungswesens und der damit eben auch verbundenen Möglichkeiten, nicht ordnungsgemäß versteuertes Geld vor dem Fiskus zu verstecken, unter internationalen Druck geriet. Dennoch verwundert es, dass ein (wenn auch mit stiftungsrechtlichen Fragen nur peripher befasster) Senat des Österreichischen OGH<sup>3</sup> vor drei Jahren die Liechtensteinische Stiftung ganz unverhohlen als Vehikel zur Gläubigerverkürzung<sup>4</sup> brandmarkte und dies – etwas befremdlicher Weise – mit Gestaltungsmöglichkeiten des Liechtensteinischen Stiftungsrechtes (insbesondere dem dem Stifter einräumbaren Änderungs- und Widerrufsrecht) begründete, die in gleicher oder ganz ähnlicher Weise auch das Österreichische Privatstiftungsrecht kennzeichnen.<sup>5</sup>

Dieser Beitrag versucht, für das Österreichische und Liechtensteinische Privatstiftungsrecht gemeinsam – und damit der Qualifikation des Jubilars, des Präsidenten des Fürstlichen Obersten Gerichtshofes in Liechtenstein und gleichzeitig ehemaligen hohen österreichischen Richters gerecht werdend – auszuloten, ob und inwieweit beide Rechtsordnungen sicherstellen, dass die in der Privatstiftung stattfindende Verwaltung fremden Vermögens (zumindest *diese* Gemeinsamkeit mit typischen Kapitalgesellschaften ist nicht zu leugnen) unter Beachtung von Regeln erfolgt, die einem modernen Corporate bzw. Foundation-Governance-Verständnis entsprechen. Diese Frage ist aus zumindest zwei Gründen wert, näher geklärt zu werden: Zum einen haben sich in den letzten Jahren in Europa, aber auch weit darüber hinaus, die Vorstellungen darüber doch stark gewandelt, welchen Regeln gute Führung und Kontrolle in Unternehmen zu entsprechen hat und welche Standards vor allem in

<sup>2</sup> Hervorzuheben ist hier *UnivProf Dr Martin Schauer*, der maßgebend an der Ausarbeitung der Stiftungsrechts-Totalreform in Liechtenstein beteiligt war.

<sup>3</sup> OGH 26. 5. 2010, 3 Ob 1/10h, PSR 2010/31; vgl dazu *Zollner*, PSR 2010, 116 ff, *König*, PSR 2010, 164 ff.

<sup>4</sup> Vgl zu diesem Aspekt betreffend die österreichische Privatstiftung *G. Schima*, Die Privatstiftung als Mittel zur Verkürzung von Gläubigerrechten?, in Tagungsband zum Insolvenzforschung Grundlsee 2007 (2008) 177 ff.

<sup>5</sup> Kritisch zu dieser Einschätzung auch *Schauer*, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung, in *Universität Liechtenstein*, Tagungsband zum 3. Stiftungsrechtstag (2013) 51 ff, 83, der freilich auch – zu Recht – betont, dass die Ausführungen des österr OGH aus rechtspolitischer Perspektive ernst genommen werden müssten, weil sie *„einen gewichtigen Indikator für die Außenwahrnehmung der Liechtensteinischen Stiftung bildeten“*.

punkto Vermeidung von Interessenkonflikten zu erfüllen sind. Während Kapitalgesellschaften – primär, aber keineswegs nur börsennotierte Aktiengesellschaften – spätestens seit der 2008 einsetzenden, weltweiten Finanzkrise von einer – sehr stark aus Brüssel initiierten – Regulierungswelle erfasst wurden, blieb das österreichische, aber auch (trotz Totalreform) das Liechtensteinische Privatstiftungsrecht von derartigen Regelungen praktisch verschont.<sup>6</sup> Zum anderen ist die Privatstiftung in Österreich und Liechtenstein ja zweifellos als »Vehikel« geboren worden, bei dem Aspekte wie Steuervorteile zwecks Anziehung (Liechtenstein) bzw Verhinderung der Abwanderung (Österreich) großer Vermögen<sup>7</sup> und asset protection<sup>8</sup> im Vordergrund standen. Dass bei einer solchen Interessenlage der zivil- bzw körperschaftsrechtlichen<sup>9</sup> Ausgestaltung des

- 6 Es ist klar, dass Privatstiftungen als Verursacher dieser Krise nicht in Betracht kommen (sondern allenfalls in vielen Fällen als Investoren in Wertpapiere deren Opfer sind); viele in nationalen Aktienrechten oder Corporate Governance-Kodizes neu eingeführte Normen haben aber mit der Krise nichts oder nur sehr peripher zu tun und enthalten tw Gedanken, die auf jedwede Art von juristischen Personen übertragbar sind, in deren Rahmen Organwelter fremdes Vermögen verwalten.
- 7 Vgl dazu die völlig unverblühten Ausführungen in den Materialien zum PSG: »Durch Schaffung eines bedarfsgerechten Rechtsinstrumentariums soll der Abfluss von Vermögen in ausländische Stiftungen und die Errichtung von Hilfskonstruktionen hintangehalten werden« (EB RV 1132 BlgNR XVIII. GP Vorblatt).
- 8 Dieser Aspekt spielt in Liechtenstein eine besonders große Rolle. Diesbezüglich schrammt das Land gerne an der Grenze dessen, was international noch auf Verständnis stößt (vgl Art 552 PGR § 33 Abs 2 des Entwurfes der Vernehmlassungsvorlage [im Bericht und Antrag der Reg an den Landtag Nr 13/2008 ist die Regelung in § 36 Abs 2 zu finden]: »In ein Widerruf- und Änderungsrecht des Stifters kann nicht Exekution geführt werden.« Die Regelung, die auch von der Liechtensteinischen Staatsanwaltschaft massiv beanstandet worden war, wurde im Zuge der Totalrevision des Stiftungsrechts letztlich nicht Gesetz (vgl dazu auch G. Schima, die Privatstiftung als Mittel zur Verkürzung von Gläubigerrechten, in Tagungsband Insolvenzforum Grundsee 2007 [2008] 177 ff, 179, Fn 7), doch hört man kürzlich, dass es in Liechtenstein Pläne geben soll, diesen früheren Vorschlag wieder aufzugreifen. Internationale Kritik an einer solchen (überzogenen) asset protection wäre unausweichlich.
- 9 Dass man die Stiftung nicht als »Körperschaft« betrachten kann, sondern als anstaltsähnliche Einrichtung, weil das zu einer Sachgesamtheit zusammengefasste Vermögen und nicht die daran interessierten Personen im Vordergrund stehen (IdS Kalls, Die Privatstiftung als Baustein des Gesellschaftsrechts, in Doralt/Kalls, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts (2001) 37 ff, 40), spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Vgl dazu auch Briem, Corporate Governance der Privatstiftung unter dem Blickwinkel der aktuellen Judikatur, GesRZ 2009, 12 ff, 12, der meint, man könnte die Privatstiftung dessen ungeachtet »unter den Begriff »Corporate« subsumieren«, ohne freilich deutlich zu machen, welche konkreten Erkenntnisse daraus abzuleiten seien. Die von Briem gegebene Begründung, die Privatstiftung sei eine juristische Person, greift sicher zu kurz und ist wohl auch so nicht ganz beabsichtigt. Was Briem offenkundig meint – und darin ist ihm zuzustimmen – ist der Umstand, dass Privatstiftungen juristische Personen sind, in deren Rahmen Organe fremdes Vermögen verwalten und wo es daher den für die Ausbildung von »Corporate Governance-Regeln« als historischen Geltungsgrund maßgebenden, typischen *principal agent-Konflikt* gibt – wenn auch mit der Besonderheit, dass man sich mit der Bestimmung des »principal« schwerer

Rechtsträgers Stiftung und der Ausgestaltung einer interessengerechten Foundation Governance nicht die allergrößte Aufmerksamkeit gewidmet wurde, ist nachvollziehbar, wenngleich nicht begrüßenswert. Jeder im (insb gesellschaftsrechtlichen) Beratungsgeschäft tätige Anwalt kennt das Phänomen: Ein Vertragswerk, das bei seiner Errichtung sehr stark von steuerrechtlichen Aspekten dominiert wurde, kann zum Alptraum für die Beteiligten werden, wenn es mit deren Einvernehmen nicht mehr zum Besten steht. Zumindest die österreichische Privatstiftung – diese These sei gleichsam als Vorgriff auf die folgenden Ausführungen gewagt – ist bis zu einem gewissen Maß das legistische Pendant eines Vertragswerkes, bei dem die Beteiligten zwar daran dachten, wie sie ihre Steuerlast optimieren und Vermögen möglichst dem Zugriff Dritter entziehen, jedoch vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit der Frage widmeten, ob die vorhandenen Regeln auch ein gedeihliches Ko-Existieren in Jahren und Jahrzehnten sicherstellen und adäquate Konfliktlösungsmechanismen beinhalten.

Bei der folgenden Untersuchung wird freilich nicht nur auf die in Gesetzesform gegossene Rechtsordnung geblickt und diese schwerpunktmäßig auf ihre Tauglichkeit in der gerade erwähnten Hinsicht untersucht, sondern auch die Rechtsprechung der Höchstgerichte berücksichtigt werden, denn gerade in Österreich hat der OGH in den letzten Jahren eine Eigendynamik bei der Auslegung des Österreichischen PSG entwickelt, die manchen Vertretern in Lehre und Stiftungspraxis nicht ganz geheuer ist und die aus ganz unterschiedlichen Blickwinkeln kritisiert wird.<sup>10</sup> Der FL-OGH prägt mit seiner Rechtsprechung das Liechtensteinische Stiftungsrecht schon seit Langem; dort hat man sich daran wohl einfach besser gewöhnt.

tut, weil die Stiftung eben keine Eigentümer hat. Vgl auch *K. Müller/M. Fischer*, *Wieviele (Corporate/Foundation) Governance braucht die Privatstiftung?*, ZfS 2009, 112 ff, 113f.

<sup>10</sup> Man vergegenwärtige sich nur die tw überaus aufgeregte Kritik im Schrifttum an der »Beiratsentscheidung« (OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09h, PSR 2009, 93 = GesRZ 2009, 372 mit Anm *Hochedlinger* = NZ 2009/108 = ecoclex 2009/379 = GeS 2009, 99 mit Anm *Winner*) und der »Rechtsanwaltsentscheidung« (OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, PSR 2009, 99 mit Anm *Winner* = ZfS 2009, 192 mit Anm *Lauss/Lang* = GeS 2009, 336 mit Anm *Mager*), der fast ein ganzer Jahresband (2010) in dem von *Eiselsberg* herausgegebenen Stiftungsrechts-Jahrbuch gewidmet war (vgl dazu *Zollner*, *Die Beiratsentscheidung und die Rechtsanwaltsentscheidung des OGH im Lichte von Lehre und Rechtsprechung*, in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2010, 41 ff; *H. Torggler*, *Aufsichtsratsähnliche Begünstigtenbeiräte nach der »Beiratsentscheidung« und »Rechtsanwaltsentscheidung«*, in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2010, 51 ff; *Kodek*, *Unvereinbarkeiten im Privatstiftungsrecht – Zwei aktuelle Entscheidungen des OGH zur Besetzung von Stiftungsvorstand und Beirat*, in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2010, 61 ff; *Jordis*, *Kritische Auseinandersetzung mit der »Beiratsentscheidung«*, in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2010, 73 ff; *Csoklich*, *Folgen der »Beiratsentscheidung« des OGH*, in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2010, 77 ff; *Briem*, *Auswirkungen der jüngsten OGH-Judikatur auf die Gestaltung von Stiftungserklärungen*, in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2010, 91 ff; *Gassauer-Fleissner/Panhözl*, *Anmerkung zur »Rechtsanwaltsentscheidung«*, in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2010, 107 ff.

## II. Der Vorstand der Privatstiftung als sich selbst kontrollierendes Organ

### A. Zusammensetzung des Vorstandes

In Österreich muss der Vorstand der Privatstiftung gemäß § 15 Abs 1 PSG aus mindestens drei Mitgliedern bestehen, wobei zwei Mitglieder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem EWR-Vertragsstaat haben müssen.

Das liechtensteinische Privatstiftungsrecht verlangt nur mindestens zwei Stiftungsratsmitglieder, die außerdem juristische Personen sein können (Art 552 § 24 Abs 2 PGR). Zumindest ein Stiftungsratsmitglied muss Staatsangehöriger eines EWR-Staates oder kraft Staatsvertrages einem EWR-Bürger gleichgestellt sein und über eine liechtensteinische Berufszulassung nach dem G über Treuhänder verfügen oder bei einem liechtensteinischen Treuhänder mindestens ein Jahr beschäftigt gewesen sein (Art 180a PGR).

Schon in den Gesetzesmaterialien zum PSG<sup>11</sup> wird das Erfordernis von drei Vorstandsmitgliedern damit begründet, dass der Vorstand im Wesentlichen ein *sich selbst kontrollierendes Organ* sei und diesem Gedanken mit der höheren Mindestanzahl an Mitgliedern besser Rechnung getragen werde.<sup>12</sup> Immerhin müssen ja selbst die größten Banken in Österreich nur zwei Vorstandsmitglieder haben. In der Tat fehlt dem Stiftungsvorstand – sieht man vom obligatorischen Stiftungsprüfer ab – ein ihn laufend kontrollierendes Organ, wie es in der Aktiengesellschaft mit dem Aufsichtsrat und in der GmbH mit der noch deutlich weitere Befugnisse, nämlich sogar ein Weisungsrecht (§ 20 Abs 1 öGmbHG) besitzenden Gesellschafterversammlung der Fall ist. Aufsichtsratspflichtige Privatstiftungen bilden in der österreichischen Praxis die absolute Ausnahme.

Dem Anliegen des Gesetzgebers, den Stiftungsvorstand als eine Kombination von Geschäftsführungs- und Kontrollorgan<sup>13</sup> zu installieren, wird die österreichische Praxis (von der liechtensteinischen ganz zu schweigen) freilich kaum gerecht,<sup>14</sup> und zwar ohne dass – wie in Liechtenstein häufig – die Vorstandsmitglieder schon institutionell voneinander abhängig sind.

<sup>11</sup> Vgl EB RV 1132 BlgNR XVII GP zu § 15 Abs 1 PSG.

<sup>12</sup> IdS auch N. Arnold, PSG<sup>3</sup> (2013) § 15 Rz 9. Das noch in der RV enthaltene Erfordernis, dass mindestens ein Vorstandsmitglied im Inland zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugt sein müsse, wurde bis zur Gesetzwerdung fallen gelassen.

<sup>13</sup> So explizit Csoklich, Haftung des Vorstandes einer Privatstiftung, RdW 1999, 253 ff, 254; vgl auch H. Torggler, eclex 1998, 130.

<sup>14</sup> So auch Briem, GesRZ 2009, 12 ff, 21.

Noch nicht fundamental in Konflikt mit dem Gedanken des sich selbst kontrollierenden Organs gerät es, wenn in Österreich die Möglichkeit *des Stifters* durchwegs anerkannt ist, den (zumindest ersten) Vorstand weitgehend von sich selbst abhängig zu machen,<sup>15</sup> also zB sich die Abberufung vorzubehalten, sich selbst als Mitglied des Stiftungsvorstands (Stiftungsrates) auf Lebenszeit einzusetzen<sup>16</sup> und/oder einzelne Vorstandsmitglieder (dies kann auch der Stifter selbst sein) mit einem Alleinentscheidungsrecht<sup>17</sup> auszustatten.

Es ist zwar klar, dass damit von einem aus einander wechselseitig kontrollierenden Vorstandsmitgliedern bestehenden Organ nicht oder kaum die Rede sein kann, doch können derartige Befugnisse – wirtschaftlich betrachtet – gleichsam wie *Auflagen einer Schenkung* gedeutet werden: Immerhin widmet der Stifter ja sein Vermögen der Privatstiftung. Regeln, die der Stifter im Zusammenhang mit der Übertragung dieses Vermögens und seiner Verwaltung statuiert, stellen sich insoweit eben als Beschränkung oder Abmilderung des »Vermögensopfers« dar, was unter Umständen erbrechtliche und anfechtungsrechtliche Konsequenzen<sup>18</sup> haben kann. Wenn der Stifter das Recht besitzt, sich die völlige Abänderung der Stiftungsurkunde vorzubehalten und – als einen Ausschnitt dieses Rechts – die Privatstiftung zu widerrufen, wäre nicht einsichtig, warum der Stifter sich nicht auch das Recht vorbehalten können soll, den Vorstand – und dies mE selbst begründungslos<sup>19</sup> – abzuberufen. Dies muss jedenfalls gelten, wenn der Stifter eine natürliche Person ist<sup>20</sup>, weil dessen Wille – anders als bei einer juristischen Person als Stifterin – keinem Wandel durch wechselnde Organwalter und Gesellschafter unterliegt.

Bei nicht mehr vom Stifter abgeleiteten Beschränkungen der Vorstandsbe-fugnisse gilt die obige Überlegung freilich nicht mehr oder nur stark eingeschränkt.

Den Begünstigten – zB in Form eines Beirates – oder sonst einem Organ der Privatstiftung das Recht einzuräumen, sich des Vorstandes – ohne wichtigen Grund – zu entledigen, begegnet daher Bedenken und wird von der Rsp des OGH zu Recht nicht anerkannt.<sup>21</sup> Mit der Novellierung 2010 hat der Gesetzge-

15 Vgl für alle *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> (2013) § 15 Rz 72 ff mwN.

16 *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> (2013) § 15 Rz 75.

17 Vgl zB *K. Müller/M. Fischer*, ZfS 2009, 112 ff, 117.

18 Vgl dazu näher für alle *G. Schima*, Die Privatstiftung als Mittel zur Verkürzung von Gläubigerrechten?, in *Tagungsband Insolvenzforum Grundlsee 2007 (2008)* 1779 ff, 1779 ff.

19 Vgl OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v, SZ 74/79 = GesRZ 2002, 27 = RdW 2001, 406 = wbl 2002, 132; dagegen *Briem*, GesRZ 2009, 12 ff, 15, der meint, damit würde der Vorstand zum bloßen Vollzugsorgan herabgewürdigt.

20 Dies betonend auch OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01 v.

21 Vgl OGH 12.5.1997, 6 Ob 39/97x; SZ 70/92 = EvBl 1997, 863 = eolex 1997, 941 = GesRZ 1997, 191 = JBl 1997, 776 mit Anm *König* = RdW 1997, 534; OGH 26.4.2001, 6 Ob 60/01v, SZ 74/79 = GesRZ

ber in § 14 Abs 4 PSG (e contrario) klarge stellt, dass einem selbst mehrheitlich oder zur Gänze mit Begünstigten besetzten Beirat das Recht zur Abberufung des Stiftungsvorstandes zumindest dann eingeräumt werden kann, wenn die Abberufung aus den Gründen des § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG, also insb wegen »grober Pflichtverletzung« erfolgt.<sup>22</sup>

Wenn der Vorstand der Privatstiftung ein sich im Wesentlichen selbst kontrollierendes Organ sein soll, dann verwundert es, dass der Gesetzgeber zwar Unvereinbarkeitsregeln für Vorstandsmitglieder in Bezug auf andere Funktionen vorgesehen (in erster Linie zu erwähnen ist das für das Österreichische Recht typische und dem Liechtensteinischen Recht fremde Verbot der Angehörigkeit von Begünstigten zum Vorstand in § 15 Abs 2 PSG), die Implementierung von Regeln über die Unabhängigkeit der Vorstandsmitglieder *voneinander* aber gänzlich unterlassen hat. Nach dem österreichischen PSG wäre es zulässig, dass die drei Vorstandsmitglieder allesamt Partner derselben Rechtsanwalts- oder Wirtschaftstreuhandersozietät sind, ja es könnte sogar ein Anwalts-Partner gemeinsam mit zwei seiner Rechtsanwaltsanwärter (oder Junior-Partner) den Vorstand bilden. Bei allem Respekt vor dem Berufsethos rechtsberatender und sonstiger freier Berufe kann in einer solchen Konstellation wohl nicht mehr gesagt werden, dass eine völlig unbefangene wechselseitige Kontrolle der Vorstandsmitglieder zu erwarten ist. In Österreich handelt es sich dabei – soweit überblickbar – bislang um ein praktisch nicht allzu relevantes Problem, weil Stiftungsvorstände, in denen zB zwei oder gar drei Partner derselben Sozietät den Vorstand bilden, hierzulande eher selten vorkommen.<sup>23</sup> In Anbetracht der »Eingriffsintensität« der Rechtsprechung des österreichischen OGH in den letzten Jahren kann gar nicht ausgeschlossen werden, dass das Höchstgericht eine Vor-

2002, 27 = RdW 2001, 406 = wbl 2002, 132; dem zustimmend *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung (2011) 373 f.

22 *Eiselsberg/Haslwanger*, Neues aus der Stiftungspraxis, in *Eiselsberg*, JB Stiftungsrecht 2011, 25 ff, 26 weisen darauf hin, dass der Gesetzeswortlaut zu eng geraten sei und den Materialien entnommen werden könne, dass Begünstigten-Beiräten auch zB das Recht auf Bestellung des Vorstandes oder auf Zustimmung zu bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen eingeräumt werden könne.

23 Die Konstellation, dass ein Rechtsanwalt dem Stiftungsvorstand angehört und (mangels weiterer »zwingend« geeigneter Vertrauenspersonen des Stifters) einen Kanzleikollegen »mit in den Vorstand nimmt«, bildet aber auch keinen Einzelfall. Unter Foundation Governance-Gesichtspunkten ist schon das mE problematisch. Nachteilige Auswirkungen können sich in der Praxis aber auch in Konstellationen zeigen, die auch in Österreich keineswegs selten, sondern sogar sehr häufig sind: dass im Stiftungsvorstand zwei (oder gar drei) Personen tätig sind, die miteinander in engen geschäftlichen Beziehungen stehen (gängige Situation: ein Rechtsanwalt und ein Wirtschaftstreuhänder, die regelmäßig zusammen arbeiten und einander Causen vermitteln). Hier ist die Gefahr latent vorhanden, dass Fehlverhalten oder Unfähigkeit eines Vorstandsmitgliedes von den mit diesem über gemeinsame wirtschaftliche Interessen verbundenen Vorstandsmitgliedern toleriert wird.

stands-Zusammensetzung wie oben beschrieben nicht akzeptieren und die Eintragung der Privatstiftung verweigern würde. Eine ausreichende rechtliche Basis hätte eine solche Vorgangsweise *de lege lata* gleichwohl nicht. Vor allem täten sich dann unweigerlich Widersprüche auf. Es wäre nämlich schwer einzusehen, warum es erlaubt sein soll, einem einzelnen Vorstandsmitglied ein (zumindest partielles) Alleinentscheidungsrecht einzuräumen, **hingegen verboten, dass** der Vorstand aus einem Freiberufler (Rechtsanwalt, **Wirtschaftstreuhänder**) und zwei seiner Berufsanwärter zusammengesetzt ist, **sodass ein Vorstandsmitglied** zwar keine rechtliche, aber eine *faktische* Vormachtstellung erhält.

In Liechtenstein handelt es sich bei der Unabhängigkeit bzw Abhängigkeit der Stiftungsratsmitglieder voneinander sehr wohl um ein aktuelles und praxisrelevantes Thema und ein Problem, das zB auch beim Liechtensteinischen Stiftungsrechtstag 2012 an der Universität Vaduz zur Sprache gebracht wurde. Denn in Liechtenstein kommt es nicht nur gelegentlich, sondern häufig vor, dass der Stiftungsrat aus zwei Partnern derselben Rechtsanwalts- oder Treuhandgesellschaft gebildet wird.<sup>24</sup> Zu Recht wurde in der Diskussion darauf hingewiesen, dass die Bildung des Stiftungsrates aus Partnern desselben Treuhand- oder Anwaltsunternehmens nicht guter »Foundation Governance« entspreche.

Meines Erachtens wäre zu überlegen, de lege ferenda Einschränkungen sowohl in Österreich als auch in Liechtenstein vorzusehen und eine Zusammensetzung des Vorstandes bzw Stiftungsrates gesetzlich zu untersagen, in der die einzelnen Mitglieder demselben (Beratungs-)Unternehmen angehören oder sonstige Abhängigkeiten (wie ein Dienstverhältnis oder relevante Geschäftsbeziehungen) voneinander bestehen.

Nach der gesetzlichen Regelung in Österreich (§ 17 Abs 3 PSG) sind sämtliche Vorstandsmitglieder mangels anderweitiger Bestimmung in der Stiftungserklärung nur gemeinsam zur Abgabe von Willenserklärungen und zur Vertretung der Privatstiftung befugt. Davon weichen die Stiftungsurkunden meist in der Weise ab, dass zwei Vorstandsmitglieder die Stiftung vertreten können. Gerade wegen der gesetzgeberischen Intention, den Stiftungsvorstand als eine Kombination von Geschäftsführungs- und Kontrollorgan einzurichten, kommt der genauen Einhaltung der Regeln über die Geschäftsführung und Vertretung des Vorstandes und dessen interne Willensbildung eine besondere Bedeutung

<sup>24</sup> Zu welchen Auswüchsen dies im Extremfall führen kann, zeigt anschaulich die Entscheidung des FL-OGH vom 9. März 2011 (05.CG 2008.194). Dass die dort vom Stiftungsrat begangenen Malversationen den FL-OGH nicht dazu veranlassten, die Abberufung der Stiftungsratsmitglieder zu billigen, ist aus meiner Sicht einfach ein Rätsel (siehe dazu noch unten im Text Kap IV; extrem kritisch zu der E auch Schauer, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis, in Universität Liechtenstein, Tagungsband zum 3. Stiftungsrechtstag [2012] 51 ff, 76 ff).

zu, der die praktische Handhabung in Privatstiftungen tw sehr wenig gerecht wird. Freilich ist das Gesetz auch hier durch gewisse Konzeptlosigkeit und Undurchdachtheit geprägt. Denn aus § 17 Abs 3 PSG folgert die hM die Zulässigkeit der internen Aufteilung der Geschäfte durch den Vorstand selbst, also gleichsam die Befugnis zur autonomen Erlassung einer Geschäftsordnung und Geschäftsverteilung.<sup>25</sup> Derartiges darf zwar auch der mehrgliedrige Vorstand bzw die Geschäftsführung einer AG bzw GmbH, wenn der Aufsichtsrat bzw die Gesellschafter untätig bleiben,<sup>26</sup> nur kann dort das primär zuständige Organ die Kompetenz eben jederzeit an sich ziehen. § 17 Abs 3 PSG könnte demgegenüber zur Entmachtung eines Vorstandsmitgliedes missbraucht werden, wenn die beiden anderen Vorstandsmitglieder mit Mehrheitsbeschluss das dritte Mitglied von bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen fernzuhalten versuchen. Die Grenze bildet zwar die Unzulässigkeit des generellen Ausschlusses eines Vorstandsmitgliedes von der Geschäftsführung,<sup>27</sup> sodass es zB unzulässig wäre, in einer Unternehmensträgerstiftung für die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte der Stiftung in der General- bzw Hauptversammlung der von der Stiftung gehaltenen Gesellschaft nur ein bestimmtes oder zwei Vorstandsmitglieder zuständig zu machen, doch erhebt sich die Frage, ob § 17 Abs 3 PSG tatsächlich eine vom Vorstand selbst mittels Mehrheitsbeschlusses erlassene Ressortverteilung legitimiert. Dem Konzept des Stiftungsvorstandes als ein sich selbst kontrollierendes Organ wird die Einräumung von Geschäftsverteilungsautonomie nicht gerecht. Intelligente Satzungsgestaltung kann die damit verbundenen Probleme zwar weitgehend lösen,<sup>28</sup> kommt aber in der Praxis nicht immer vor.

Ordnet die Stiftungsurkunde an, dass die Stiftung durch zwei Vorstandsmitglieder vertreten wird, existiert aber keine Geschäftsverteilung (wohl der Regelfall in der Praxis), dann muss der Stiftungsvorstand bei Rechtshandlungen vorher seinen Willen in Form eines Vorstandsbeschlusses bilden und im Vorfeld eines solchen *jedem* Vorstandsmitglied die Möglichkeit der Teilnahme an

25 Vgl *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> (2013) § 17 Rz 32 f.

26 Vgl für die AG *G. Schima*, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) Rz 12/47, wobei freilich zu beachten ist, dass der Aufsichtsrat in der AG zumindest bei der Verteilung der Geschäfte innerhalb eines mehrgliedrigen Vorstandes nicht nur ein *Recht* ausübt, sondern vielmehr einer *Verpflichtung* nachkommt (*G. Schima*, ebenda; ebenso *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht [2008] Rz 3/345).

27 *Micheler*, in *Doralt/Nowotny/Kalss*, PSG § 17 Rz 10; *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> (2013) § 17 Rz 32.

28 So zB die Regelung, dass die Erlassung einer Geschäftsverteilung der Einstimmigkeit bedarf und/oder dass jedes Vorstandsmitglied auch bei Bestehen einer Geschäftsverteilung jederzeit verlangen kann, dass die Angelegenheit vom Gesamtvorstand behandelt wird.

der Sitzung oder einem Umlaufbeschluss geben.<sup>29</sup> Die schuldhafte Ausschließung eines Vorstandsmitgliedes von der Willensbildung<sup>30</sup> ist ein gravierender Verstoß und kann bzw wird idR eine grobe Pflichtverletzung und damit einen Abberufungsgrund idS § 27 Abs 2 Z 1 PSG bilden.<sup>31</sup>

## B. Sorgfalt und Verantwortlichkeit des Vorstandes/Stiftungsrates

In Österreich bestimmt § 17 Abs 2 PSG, dass jedes Mitglied des Stiftungsvorstandes seine Aufgaben »*sparsam mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsführers zu erfüllen*« hat und Leistungen an Begünstigte zur Erfüllung des Stiftungszwecks nur dann und soweit vornehmen darf, wenn dadurch Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung nicht geschmälert werden.

Es ist mE bezeichnend für die gewisse Konturlosigkeit, die das österreichische Privatstiftungsrecht kennzeichnet, dass schon bei der Beantwortung der Frage Uneinigkeit besteht, ob es sich bei dieser Regelung um eine bloß demonstrative bzw deklarative Anordnung ohne speziell normativen Charakter handelt, bei deren Fehlen also die Pflichten des Vorstandes nicht anders zu beurteilen wären,<sup>32</sup> oder ob der Gesetzgeber damit zum Ausdruck bringen wollte, dass er den Vorstand der Privatstiftung schärferen Sorgfaltsanforderungen unterstellen möchte als sonstige Verwalter fremden Vermögens wie zB Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder Geschäftsführer einer GmbH.<sup>33</sup> Es wäre vordergründig, diese Diskussion als akademisch und ohne ausreichende praktische Relevanz abzutun. Denn sie hat letztlich Auswirkungen bei der Beur-

29 Auch wenn es kein gesetzliches Präsenzquorum für Vorstandsbeschlüsse gibt und wohl die Anwesenheit der für eine Mehrheit erforderlichen Mitglieder genügt, begründet das Unterbleiben der ordnungsgemäßen Einladung von Mitgliedern einen Mangel, bei dem viel dafür spricht, ihn mit Nichtigkeit unabhängig von Kausalität zu sanktionieren (dies zu Recht erwägend *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> [2013] § 28 Rz 13).

30 ZB die Teilnahme an der Generalversammlung einer GmbH in einer Unternehmensträgerstiftung durch zwei (wenn auch gemeinsam zeichnungsberechtigte) Stiftungsvorstandsmitglieder im Bewusstsein der Verhinderung des dritten Mitgliedes und ohne vorher den Stiftungsvorstand ordnungsgemäß einberufen und über das Abstimmungsverhalten Beschlüsse im Stiftungsvorstand gefasst zu haben.

31 IdS auch deutlich *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> (2013) § 28 Rz 13.

32 In diesem Sinne *Csoklich*, Die Haftung des Stiftungsvorstands, RdW 1999, 253 ff, 254 f.

33 In diesem Sinne *K. Müller; M. Fischer*, Wieviel (Corporate/Foundation) Governance braucht die Privatstiftung? ZfS 2009, 119, die freilich widersprüchlich argumentieren, weil sie andererseits unter Berufung auf *Csoklich* (demzufolge sich der Sorgfaltsmaßstab an dem des Vorstands von Kapital-, insbesondere Aktiengesellschaften zu orientieren habe, wofür auch die Materialien sprechen) die Ansicht vertreten, die Anordnung in § 17 Abs 2 PSG sei »überschießend« und habe bloß »demonstrativen Charakter« (*K. Müller/M. Fischer*, ZfS 2009, 112 ff, 119).

teilung der Rechtsstellung des Stiftungsvorstandes an sich und zB bei der Frage, wie hoch oder niedrig die Schwelle für die Abberufung von Vorstandsmitgliedern angesetzt werden soll. Dass § 27 Abs 2 Z 1 PSG mit der »groben Pflichtverletzung«, die das Gericht zur Abberufung von Mitgliedern jedes Stiftungsorganes berechtigt, ein in § 75 Abs 4, 1. Fall AktG verwendetes und gut bekanntes Merkmal gebraucht, hilft nicht weiter, weil ja die Beantwortung der Frage, was unter einer groben Pflichtverletzung zu verstehen ist, nicht losgelöst davon beurteilt werden kann, welches Pflichtenprogramm der Vorstand einer Privatstiftung überhaupt zu absolvieren hat.

Es gibt gute Argumente sowohl dafür, den Stiftungsvorstand einem strengeren Sorgfaltsmaßstab zu unterstellen, als auch dagegen sprechende Argumente. Die oft unentgeltlich oder nur gegen geringes Entgelt erfolgende Amtsausübung legt zweifellos einen nicht zu strengen Sorgfaltsmaßstab nahe; der Umstand der »relativen Unüberwachtheit«<sup>34</sup> weist indes eher in die gegenteilige Richtung.<sup>35</sup> Am überzeugendsten ist aber in der Tat die schon in den Gesetzesmaterialien<sup>36</sup> grundgelegte Sichtweise, wonach man sich an den §§ 70 und 84 AktG zu orientieren habe und insofern mutatis mutandis die an Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft anzulegenden Sorgfaltsmaßstäbe gelten.<sup>37</sup> Der »Lackmestest« für die Bestimmung des Sorgfaltsmaßstabes ist dabei die Frage, wie die Rsp die Abberufung von Vorstands- (Stiftungsrats-)Mitgliedern handhabt, wenn es um Tatbestände wie die »grobe Pflichtverletzung« geht (vgl § 27 Abs 2 Z 1 PSG). Hier bestehen zwischen der Praxis in Österreich und in Liechtenstein doch signifikante Unterschiede, wie noch zu zeigen sein wird (unten Kap IV).

An der Diskussion um den Sorgfaltsmaßstab für Stiftungsvorstandsmitglieder zeigt sich deutlich, dass es der Gesetzgeber an einem klaren Leitbild für die Privatstiftung hat fehlen lassen, was zu Verwerfungen und Defiziten in den verschiedensten Bereichen führt (siehe dazu auch im Folgenden). In einem solchen legistischen Umfeld gedeihen Entscheidungen wie jene des OGH

34 Wie *Briem* (GesRZ 2009, 12 ff, 21) mE zutr anmerkt, darf die Kontrolle des Stiftungsprüfers nicht überschätzt werden. Sie ist mit der laufenden Kontrolle eines (guten) Aufsichtsrates in einer AG nicht einmal entfernt vergleichbar. Denn der Stiftungsprüfer wird in der Praxis fast immer nur im Zusammenhang mit der Prüfung des Jahresabschlusses tätig, und mit seiner Unabhängigkeit vom Vorstand ist es manchmal auch nicht weit her (idS *Briem*, GesRZ 2009, 12 ff, 21).

35 IdS unter Hinweis auf die fehlenden Kontrollmechanismen OGH 31.8.2006, 6 Ob 155/06x, ZfS 2006, 151 mit Anm *Csoklich* = JBl 2007, 319 = RdW 2007/24; offenbar zust *N. Arnold*, PSG<sup>1</sup> (2013) § 27 Rz 24.

36 EB RV 1132 BlgNR XVIII. GP zu § 17 Abs 2 PSG.

37 So auch *Csoklich*, RdW 1999, 253 ff, 254 f.

aus 2011,<sup>38</sup> in denen das Höchstgericht ohne ersichtliche rechtliche Grundlage aussprach, dass Vorstandsmitglieder zumindest für drei Jahre zu bestellen seien, weil nur so ihre Unabhängigkeit gewährleistet sei. Eine Mindestbestelldauer kennt nicht einmal das Aktienrecht für den Vorstand einer AG,<sup>39</sup> obwohl dieser – zumindest de iure – im Gegensatz zum Stiftungsvorstand, wo es diverse kautelarjuristische Aushöhlungsmöglichkeiten gibt, völlig weisungsfrei agieren kann und der rechtslogische Zusammenhang zwischen Weisungsfreiheit und erschwerter Abberufbarkeit (eine solche ist nicht nur die Knüpfung der Abberufbarkeit an einen wichtigen Grund, sondern auch die vom OGH bejahte Statuierung einer Mindestbestelldauer) evident ist.<sup>40</sup> Richtig ist zwar, dass schon davor die Firmenbuchpraxis praeter legem eine Mindestbestelldauer von zwischen einem und drei Jahren verlangte und die ganz überwiegende Literatur grundsätzlich von einer Mindestbestelldauer ausging,<sup>41</sup> doch blieb der OGH eine überzeugende Begründung nicht nur dafür schuldig, warum eine Mindestbestelldauer von drei Jahren verpflichtend sein soll, sondern auch dafür, dass es überhaupt eine Mindestbestelldauer geben muss.

In Liechtenstein ist immerhin klargestellt, dass die 2008 von Grund auf reformierte Privatstiftung auch den allgemein für Verbandspersonen geltenden Vorschriften des PGR unterliegt und damit die in Art 182 Abs 2 PGR vor ein paar Jahren positivierte »Business Judgment Rule« ebenso für Privatstiftungen gilt.<sup>42</sup> Unternehmerische Ermessensentscheidungen von Stiftungsräten (zu denken ist hier insb an die Veranlagung von Stiftungsvermögen)<sup>43</sup> sind daher vor Haftung und gerichtlicher Überprüfung geschützt, wenn diese Entscheidungen frei von Interessenskonflikten und auf angemessen informierter Grundlage in der berechtigten Annahme erfolgten, im Interesse der Privatstiftung zu handeln.<sup>44</sup> Die besonders praxisrelevante Frage der Beweislastverteilung stellt sich

38 OGH 24.2.2011, 6 Ob 195/10k, eolex 2011/176 mit Anm Rizzi = GesRZ 2011, 239 ff mit Anm H. Torggler = GeS 2011, 226 = JBl 2011, 321 mit Anm Karollus = PSR 2011, 86 = ZfS 2011, 68 mit Anm Kalss.

39 Die in der Literatur unternommenen (begrenzt überzeugenden) Versuche, eine solche aus der Unabhängigkeit abzuleiten (vgl Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht [2008] Rz 3/266 mwN zum deutschen Schrifttum in Fn 60), gehen auch nur von einem Jahr aus. Kritisch zu der E des OGH auch Eiselsberg/Hashvanter, in JB Stiftungsrecht 2011, 25 ff, 30.

40 Bezeichnend N. Arnold, PSG' § 15 Rz 107, der meint, umstritten sei gewesen, »welche Mindestfunktionsdauer vorzusehen ist« und die Frage nach dem Ob gar nicht mehr stellte.

41 Vgl Hess in Schauer (Hrsg), Kurzkommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht, Art 152 § 25 Rz 4; U. Torggler, Zur Business Judgment Rule gem Art 182 Abs 2 PGR, LJZ 2009, 56 ff.

42 Vgl zur Anwendung der Business Judgment Rule bei der Vermögensverwaltung FL-OGH 9 CG.2006312, LES 2010, 73 ff, 75.

43 Zur Konzeption der aus dem US-amerikanischen Richterrecht stammenden Business Judgment Rule und ihrer Rezeption vgl Merkl/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht (2006) Rz 843 ff; van Hein, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in

auch hier und dürfte in bezug auf Art 182 Abs 2 PGR nicht weniger umstritten sein als bei der Geschäftleiterhaftung in Kapitalgesellschaften nach deutschem und österreichischem Recht.<sup>45</sup> Denn letztlich geht es darum, ob man sich an der BJR US-amerikanischer Prägung zu orientieren hat, wonach die Beweislast für das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der BJR den Kläger trifft,<sup>46</sup> oder ob an das angeknüpft werden soll, was der deutsche Gesetzgeber bei der Implementierung der BJR in § 93 Abs 1, zweiter Satz dAktG daraus gemacht hat und was die hM im Anschluss an die Gesetzesmaterialien dahingehend interpretiert, dass das Vorstandsmitglied die Anwendungsvoraussetzungen zu beweisen hat<sup>47</sup> (womit der BJR der ursprüngliche Zweck eines safe harbour weitgehend genommen wird).<sup>48</sup> Die Materialien zu Art 182 Abs 2 PGR sprechen dafür, dass der Liechtensteinische Gesetzgeber sich am US-Vorbild orientiert hat.<sup>49</sup> Dann muss man damit aber auch Ernst machen und darf nicht über die Hintertüre eine Beweislastumkehr zu Lasten des Vorstandsmitgliedes einführen,<sup>50</sup>

Deutschland (2008) 913 ff; *G. Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, *GesRZ* 2007, 93 ff; *G. Schima*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd XII (2010), 369 ff.

- 45 Vgl dazu ausführlich *G. Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in *FS W. Jud* (2012) 571 ff.
- 46 Vgl die Leitentscheidung *Aronson v. Lewis* 473 A.2d 805, 812 (Del 1984); ähnlich *Williams v. Geier* 671 A.2d 1368, 1376 (Del 1997); *Block/Barton/Radin*, Business Judgment Rule 110; *G. Schima*, Business Judgment Rule, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, 369 ff, 400 f.
- 47 Vgl *van Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (2008) 919 ff, 921 ff; *M. Roth*, Das unternehmerische Ermessen des Vorstands, *BB* 2004, 1066 ff; *Fleischer*, *ZIP* 2004, 685 ff, 688; *Hopt/M. Roth*, in *GroßKomm AktG* Nachtrag § 93 Rz 7, 66 ff mwN; *G. Schima*, Business Judgment Rule, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, 369 ff, 402 f.
- 48 Kritisch zu diesem Konzept des deutschen Gesetzgebers *G. Schima*, Business Judgment Rule, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, 369 ff, 412 f; ebenso *S. Arnold/C. Rechberger*, Neues vom Haften, Anfechten und Hinterlegen, *GeS* 2005, 184 ff, 186 (»untauglich«, ... weil »keine Erleichterung für das Organ«).
- 49 Vgl Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts, Nr 13/2008, 39 ff, 41; so ja auch *U. Torggler*, *LJZ* 2009, 60.
- 50 So aber *U. Torggler*, *LJZ* 2009, 60, der zwar anerkennt, dass Art 182 Abs 2 PGR am US-Vorbild Maß genommen hat, aber dennoch ohne taugliche Rechtsgrundlage die Beweislast für die Umstände, die die Vertretbarkeit des Verhaltens begründen, dem Organmitglied zuweisen möchte. Ganz unzutreffend ist es, anzunehmen, dass bei Vorliegen einer Interessenwahrungspflicht der Schadenseintritt die Pflichtwidrigkeit indiziere (so *U. Torggler*, *LJZ* 2009, 60 und schon davor *U. Torggler*, Business Judgment Rule...und unternehmerische Ermessensentscheidungen, *ZfRV* 2002, 137 f; *U. Torggler*, *GesRZ* 2007, 274; dagegen *G. Schima*, *FS W. Jud* [2012] 571 ff, 600). Eine solche Sichtweise wäre gerade bei Stiftungsrats- bzw Stiftungsvorstandsmitgliedern für diese fatal, denn dann träfe das Organmitglied bei bloßem Entstehen von Veranlagungsverlusten (für das es dutzende Ursachen geben kann) die volle Beweislast für sorgfaltskonformes Handeln. Bei Veranlagungsverlusten handelt es sich nämlich um

die richtiger Ansicht zufolge schon bei der Haftung von Geschäftleitern in AG und GmbH nicht überzeugt und weder in der Gesetzgebungsgeschichte noch in Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschrift Deckung findet.<sup>51</sup>

### III. Die Rechtsstellung der Begünstigten

#### A. Funktionsähnlichkeit mit Eigentümern

In der in Österreich geführten Diskussion, die es in dieser Form in Liechtenstein, soweit überblickbar, aktuell nicht gibt, wurde immer wieder betont, dass die Stiftung zwar eine eigentümerlose Rechtsperson ist, mit den Begünstigten aber Stiftungsinteressierte existierten, die funktional mit Gesellschaftern vergleichbar seien und eine ähnlich geartete Interessenslage hätten. In der Tat ist es so, dass bei einer Privatstiftung, die ausschließlich der Versorgung der Begünstigten dient (sowohl Liechtenstein als auch Österreich kennen, anders als zB nach wie vor die Schweiz, die voraussetzungslose Versorgungsstiftung), die Begünstigten wirtschaftlich die einem Aktionär bzw Gesellschafter sehr ähnliche Stellung besitzen. Noch deutlicher tritt dieser Zusammenhang auf, wenn Begünstigte oder gar sämtliche Begünstigte einen in der Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde klar definierten und quotenmäßig bestimmten Ausschüttungsanspruch haben. Aus der Sicht des Begünstigten besteht der Unterschied gegenüber einem geschenkten oder ererbten Gesellschaftsanteil dann nur mehr darin, dass nicht über die Substanz verfügt werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist die den Begünstigten im PSG zuerkannte Rechtsstellung in der Tat eher bescheiden.<sup>52</sup> Schon die Grundsatzentscheidung des österreichischen Gesetzgebers in § 15 Abs 2 PSG (die der liechtensteinische Gesetzgeber anders getroffen hat), Begünstigten die Mitgliedschaft im Vorstand zu verweigern, kann man ja in ihrer Sinnhaftigkeit stark anzweifeln.

eine jener bei der Geschäftsleiterhaftung eher seltenen Konstellationen (Forderungsausfälle wären ein anderes Beispiel) eines – bekanntlich stets vom Geschädigten zu beweisenden – Schadenseintrittes, dessen Nachweis nicht einmal das Bestehen von Indizien auf Pflichtwidrigkeit verlangt (vgl zu dieser oft fehlenden Trennbarkeit von Schaden, Verursachung und Pflichtwidrigkeit näher G. Schima, in FS W. Jud [2012] 571 ff, 593 ff, 594, 600).

<sup>51</sup> Vgl die ausführliche Kritik von G. Schima, FS W. Jud (2012) 571 ff, 599 ff.

<sup>52</sup> Vgl Briem, GesRZ 2009, 12 ff, 21, der das Kontrollkonzept des PSG als von Grund auf verfehlt ansieht, weil es den Begünstigten als den wirtschaftlich Interessierten kaum gesetzliche Kontrollrechte zuerkennt. In der Tat ist insb das Fehlen eines Antragsrechts betreffend die Einleitung einer Sonderprüfung nach § 31 PSG rechtspolitisch unverständlich.

Im buchstäblichen Sinne ins Brodeln geriet die Diskussion im österreichischen Schrifttum mit der »Beirats-Entscheidung«<sup>53</sup> sowie der »Anwalts-Entscheidung«<sup>54</sup> des OGH, mit der § 23 Abs 2 PSG analog auf Begünstigten-Beiräte angewendet und gesagt wurde, solche Beiräte dürften, wenn ihnen aufsichtsratsähnliche Funktion eingeräumt sei, nicht mehrheitlich mit Begünstigten besetzt werden. Außerdem dürften Personen, die Begünstigte (rechtlich) berieten, nicht dem Stiftungsvorstand angehören.

Auf die massive Kritik und den – man kann es so formulieren – »Aufschrei« in der Praxis reagierte mittlerweile der Gesetzgeber (§§ 14 Abs 3 und 4, 15 Abs 2 und Abs 3a, § 23 Abs 2, letzter Satz PSG idGF); die Reparaturen in vielen Stiftungsurkunden und Stiftungszusatzurkunden dürften indes noch nicht abgeschlossen sein.

## B. Einsichts- und Auskunftsrechte von Begünstigten

Gemäß § 30 Abs 1 PSG kann ein Begünstigter einer österreichischen Privatstiftung von dieser die Erteilung von Auskünften über die Erfüllung des Stiftungszwecks sowie die Einsichtnahme in den Jahresabschluss, den Lagebericht, den Prüfungsbericht, die Bücher, in die Stiftungsurkunde und in die Stiftungszusatzurkunde verlangen. Kommt die Privatstiftung diesem Verlangen in angemessener Frist nicht nach, so kann das Gericht auf Antrag des Begünstigten die Einsicht gegebenenfalls durch einen Buchsachverständigen anordnen.

Das österreichische Privatstiftungsrecht kennt keine Unterscheidung der Begünstigten danach, ob diesen ein Rechtsanspruch zusteht, ein Anwartschaftsrecht oder ihre Begünstigung in das (freie oder gebundene) Ermessen des Stiftungsvorstandes gestellt ist. Es verwundert daher nicht, dass hinsichtlich des Umfangs des Auskunftsrechts in Österreich viel Uneinigkeit herrscht.

Das liechtensteinische Stiftungsrecht lässt hingegen diese Frage nicht unbeantwortet und unterscheidet zwischen Begünstigungsberechtigten, Anwartschaftsberechtigten und Ermessensbegünstigten (Art 552 §§ 5 ff PGR).<sup>55</sup> Zumindest vordergründig betrachtet, sind die Informations- und Auskunftsrechte der Begünstigten weiterreichend als nach österreichischem Privatstiftungsrecht: Der Begünstigte hat, soweit es seine Rechte betrifft, Anspruch auf Ein-

53 OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09h, PSR 2009, 93 = GesRZ 2009, 372 mit Anm *Hochedlinger* = NZ 2009/108 = *ecolex* 2009/379 = GeS 2009, 99 mit Anm *Winner*.

54 OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, PSR 2009, 99 mit Anm *Winner* = ZfS 2009, 192 mit Anm *Lauss/Lang* = GeS 2009, 336 mit Anm *Mager*.

55 Vgl dazu *Lorenz*, in Schauer, Kurzkommentar zum liechtensteinischen Stiftungsrecht zu §§ 5 ff.

sichtnahme in die Stiftungsurkunde, die Stiftungszusatzurkunde und allfällige Reglements.

Außerdem hat der Begünstigte, soweit seine Rechte betroffen sind, Anspruch auf Auskunftserteilung, Berichterstattung und Rechnungslegung. Er kann Einsicht in alle Geschäftsbücher und Papiere nehmen und Abschriften herstellen, sowie alle Tatsachen und Verhältnisse, insb das Rechnungswesen, persönlich oder durch einen Vertreter prüfen oder untersuchen. Das Recht darf indessen nicht in unlauterer Absicht, in missbräuchlicher oder nicht in einen Interessen der Stiftung oder anderen Begünstigten widerstrebender Weise ausgeübt werden. Die dargestellten Rechte setzen aber voraus, dass der Begünstigte einen Rechtsanspruch erworben hat. Anwartschaftsberechtigten steht das Recht (noch) nicht zu.

Dass die Einsichts- und Auskunftsrechte von Begünstigten nach Liechtensteinischem Recht grundsätzlich weiter reichen, erklärt sich *va* daraus, dass es in Liechtenstein kein obligatorisches Prüfungsorgan gibt, wie es das PSG mit dem Stiftungsprüfer installiert hat. Die Kontroll- und Auskunftsrechte sind daher in der österreichischen Privatstiftung von vornherein zwischen Stiftungsprüfer und Begünstigten geteilt. Freilich erlaubt das Liechtensteinische Stiftungsrecht – in einer wesentlich flexibleren und weiterreichenden Weise – dem Stifter die deutliche Einschränkung von Begünstigten-Auskunfts- und Einsichtsrechten. Hat sich der Stifter in der Stiftungserklärung das Recht vorbehalten, die Stiftung zu widerrufen und ist er selbst Letztbegünstigter, dann stehen den Begünstigten nämlich die Auskunftsrechte gem Art 552 § 9 PGR nicht zu.

Außerdem kann der Stifter in der Stiftungserklärung ein Kontrollorgan für die Stiftung einrichten,<sup>56</sup> was zur Folge hat, dass der Begünstigte nur über Zweck und Organisation der Stiftung sowie über seine eigenen Rechte gegenüber der Stiftung Auskunft verlangen und deren Richtigkeit durch Einsichtnahme in die Stiftungsurkunde, die Stiftungszusatzurkunde und die Reglements überprüfen kann. Der Stifter hat somit die Möglichkeit, die dem Begünstigten individuell zukommenden Informationsrechte auf einen Kernbereich zu reduzieren.

Schließlich darf auch eine faktisch sich ergebende und in der Praxis durchaus relevante Einschränkung von Begünstigten-Rechten in Liechtenstein nicht unerwähnt bleiben. Dort bildet noch immer die hinterlegte Stiftung nicht die Ausnahme, sondern die Regel.<sup>57</sup> Im Zuge der Totalreform des Liechtensteinischen Stiftungsrechtes wurde dieses Rechtsinstitut der „hinterlegten Stiftung“ sogar insofern noch ausgebaut, als nunmehr allein die Gründungsanzeige des

56 Vgl dazu aus aktueller Sicht *Schauer*, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis, in Universität Liechtenstein, Tagungsband zum 3. Stiftungsrechtstag (2012) 51 ff, 59.

57 Was nicht dem historischen Grundgedanken entsprach.

Stiftungsvorstandes Gegenstand der Hinterlegung ist und nicht mehr die Gründungsurkunde. Als legitistischer Grund wurde die Stärkung der Verantwortlichkeit der in die Stiftungserrichtung involvierten Personen, sowie eine Entlastung des Grundbuch- und Öffentlichkeitsregisteramtes genannt, das der Aufgabe der materiellen Überprüfung der Stiftungsdokumente nicht in derselben Weise nachkommen könne, wie die mit der Verwaltung befassten Berufsgruppen (Rechtsanwälte, Treuhänder).<sup>58</sup> Aus praktischer Sicht verstärkt dies für Begünstigte das Problem, überhaupt feststellen zu können, *ob* sie in irgendeiner Stiftung den Status eines Begünstigten haben.<sup>59</sup> Oft lassen Stifter nämlich ihre Angehörigen diesbezüglich völlig im Unklaren. Da grundsätzlich niemand einen Anspruch gegen jedweden als Stiftungsrat in Betracht kommenden Rechtsanwalt oder Treuhänder hat, Auskunft darüber zu erlangen, ob eine Begünstigung in einer Stiftung besteht, ohne dass es entsprechende Anhaltspunkte für eine solche Annahme gibt,<sup>60</sup> laufen Informations- und Einsichtsrechte von Begünstigten in Liechtenstein oft schon deshalb leer, weil kein Ansatzpunkt für die Geltendmachung des Rechts vorhanden ist und in einem Register nicht nach Anhaltspunkten (zB dem Stifter nahestehenden Personen in Gestalt der Stiftungsratsmitglieder oder verfängliche Namensgebungen, etc) gesucht werden kann. Der vom Liechtensteinischen Gesetzgeber zwar kaum angestrebte, aber anlässlich der Totalreform bewusst in Kauf genommene, unweigerlich eintretende Nebeneffekt solcher Informationsdefizite ist die Existenz von Stiftungen, die von Stiftungsräten »zu Tode verwaltet« werden.<sup>61</sup> Hier ist mE auf jeden Fall Reformbedarf zu orten, denn die zu treffende Abwägung der Interessen darf nicht darauf hinauslaufen, dass man lieber Stiftungsräten mehr (ungestörte) Entlohnung zukommen lässt als potentiell Begünstigten weitere und viel-

58 Die Wahrheit dürfte eher sein, dass der Gesetzgeber damit die – überaus problematische und mit dem damals geltenden Recht kaum zu vereinbarende Praxis – resignativ billigte, wonach die Pflicht zur Vorlage der Stiftungsurkunde durch umfassende Auslagerung der wesentlichen Regelungen in Beistatuten unterminiert wurde, womit die Behörde ihrer sie trotz bloßer Hinterlegung treffenden Pflicht, zu prüfen, ob ein verbotener oder sittenwidriger Zweck verfolgt oder eine Aufsichtspflicht umgangen werde, nicht mehr ordnungsgemäß nachkommen konnte (vgl. *G. Schima*, Die Privatstiftung als Mittel zur Verkürzung von Gläubigerrechten?, in Tagungsband Insolvenzfórum Grundlsee 2007 (2008) 177 ff, 203 f und Fn 106). Ob diese nach altem Recht *praeter* oder *gar contra legem* entwickelte Praxis es rechtfertigte, den »beteiligten Verkehrskreisen« *erhöhtes* Vertrauen zu schenken und sie von der Vorlage der Stiftungsdokumente ganz zu dispensieren, anstatt die *Kontrolle zu verstärken*, darf bezweifelt werden. Die Vorgangsweise ist zumindest nicht logisch.

59 Dieses Problem besteht natürlich auch in Österreich: vgl ausführlich *N. Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 30 Rz 1 ff; *G. Schima*, in Tagungsband Insolvenzfórum Grundlsee 2007 (2008) 177 ff, 202 f.

60 *G. Schima*, in Tagungsband Insolvenzfórum Grundlsee 2007 (2008) 177 ff, 203.

61 Hier sei an das gelegentlich kolportierte Wort eines sehr bekannten Liechtensteiner Treuhänders erinnert, der angeblich immer wieder launig meinte, er zahle nur aus, wenn er dazu aufgefordert werde, denn es handle sich um eine »Holschuld« der Begünstigten.

leicht etwas administrativen Aufwand verursachende Möglichkeiten der Informationseinholung einzuräumen.

### C. Sonderprüfung

Gem § 31 Abs 1 PSG kann jedes Stiftungsorgan und jedes seiner Mitglieder zur Wahrung des Stiftungszwecks bei Gericht die Anordnung einer Sonderprüfung beantragen. Das Gericht hat die Sonderprüfung anzuordnen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung vorgekommen sind (§ 31 Abs 2 PSG). Bei § 31 PSG handelt es sich um eine der zu Recht meistkritisierten Normen des Österreichischen Privatstiftungsgesetzes. Es ist nämlich in der Tat schlicht unverständlich, dass den Begünstigten ein solches Recht vom Gesetz her gar nicht, dh auch nicht bei Existenz einer zB qualifizierten Mehrheit, eingeräumt wird, sondern die Stiftungsurkunde oder Stiftungszusatzurkunde dafür gegebenenfalls vorzuzorgen hat. Nun ist es so, dass nicht wenige Stifter kein gesteigertes Interesse daran haben, dass zu ihren *Lebzeiten* ihre begünstigten Angehörigen die Gebarung der Stiftung überprüfen dürfen. Auf die mögliche Alternative, ein solches Antragsrecht den Begünstigten zumindest nach dem Tod des Stifters zuzugestehen, wird oft vergessen. Gerade dann, nämlich nach dem Ableben des Stifters, wird es aber in vielen (wenn auch vielleicht nicht allen) Fällen dem mutmaßlichen Willen des Stifters entsprechen, den Vorstand der Privatstiftung nicht nur der Kontrolle des Stiftungsprüfers, sondern auch der Kontrolle der wirtschaftlich an den Erträgen der Stiftung Interessierten zu unterwerfen. Wie *Briem*<sup>62</sup> zutreffend ausgeführt hat, darf man sich von der Tätigkeit des Stiftungsprüfers diesbezüglich nicht allzu viel erwarten, zumal trotz formaler Unabhängigkeit wegen der in der Praxis üblichen Vorschläge an das Gericht, denen dieses regelmäßig folgt, häufig doch ein Naheverhältnis zum Vorstand festzustellen ist.

Es versteht sich von selbst, dass das Antragsrecht *des Vorstandes* in Bezug auf die Einleitung einer Sonderprüfung weitgehend wertlos ist, denn der Vorstand ist es, dessen Gebarung mittels einer solchen Prüfung der kritischen Durchsicht unterzogen werden soll, und die dem Gesetzgeber vorschwebende wechselseitige Kontrolle innerhalb des Vorstandes ist, wie erläutert, eher graue Theorie. Die vom Gesetzgeber bewusst vorgenommene Anordnung, dass auch ein einzelnes Organmitglied (also insb ein Vorstandsmitglied) die Sonderprüfung bean-

62 *Briem*, GesRZ 2009, 12 ff, 21.

tragen kann, schafft daher nur wenig Abhilfe, weil eine solche Uneinigkeit im Vorstand den Ausnahmefall bilden wird. Da außerdem – wie schon aufgezeigt – das Gesetz keine Regeln für die *Unabhängigkeit* von Vorstandsmitgliedern *von einander* kennt und oft dieselben Personen in unterschiedlichen Konstellationen einander in verschiedenen Privatstiftungen begegnen, darf nicht wirklich erwartet werden, dass ein Minderheitsvotum eines einzelnen Vorstandsmitgliedes gegen den restlichen Vorstand zwecks Einleitung einer Sonderprüfung einen in der Praxis relevanten Fall bildet.

Auch das Fehlen eines Rechts zur amtswegigen Einleitung einer Sonderprüfung durch das Gericht ist als (aufgrund des Fehlens eines Begünstigten-Antragsrechts umso stärker ins Gewicht fallendes) Regelungsdefizit zu vermerken, weil eine Sonderprüfung nicht selten die Vorstufe für eine Abberufung bildet und diese im Falle eines wichtigen Grundes (zumindest auch) dem Gericht zusteht (§ 27 Abs 2 PSG).<sup>63</sup>

Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass § 31 Abs 2 PSG die Schranke für die Einleitung einer Sonderprüfung inhaltlich sehr hoch legt, weil glaubhaft gemacht werden muss, dass »*Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung hervorgekommen*« sind.

Diese Begriffsbildung ist zwar aus dem Aktienrecht bekannt, doch verlangt dort § 130 Abs 2 AktG für die Sonderprüfung keinerlei inhaltliche Voraussetzungen, sondern nur einen Mehrheitsbeschluss der Hauptversammlung. Bloß wenn die Hauptversammlung mehrheitlich den Antrag auf Bestellung von Sonderprüfern *ablehnt*, hat das Gericht auf Antrag einer zehnpromzentigen Aktionärs-minderheit Sonderprüfer zu bestellen, wenn Verdachtsgründe beigebracht werden, dass bei dem zu prüfenden Vorgang »*Unredlichkeiten oder grobe Verletzungen des Gesetzes oder der Stiftungserklärung hervorgekommen*« sind (§ 130 Abs 2 AktG).

Sachgerecht wäre es mE, den Begünstigten das gesetzliche Recht auf Beantragung einer Sonderprüfung einzuräumen und dieses Recht zumindest dann an keine oder deutlich verminderte inhaltliche Anforderungen zu knüpfen, wenn die Begünstigten mit qualifizierter Mehrheit (oder gar Einstimmigkeit) für eine Sonderprüfung stimmen. Die inflationäre und missbräuchliche Nutzung dieses Instruments kann durch eine entsprechende Kostentragungsregelung ziemlich leicht verhindert werden. Im Übrigen existiert eine solche jetzt schon, weil § 31 Abs 3 PSG – in vielleicht noch verfeinerungsfähiger Art und Weise – bestimmt, dass das Gericht auf Antrag »*je nach dem Ergebnis der Sonderprüfung*« entscheidet, ob die Kosten vom Antragsteller oder von der Privatstiftung zu tragen oder verhältnismäßig aufzuteilen sind.

63 Zutr. Briem, GesRZ 2009, 12 ff, 13

#### D. Besetzung spezieller Organe

Den meisten Staub aufgewirbelt haben jene Entscheidungen des OGH in Österreich, die im Schrifttum gleichsam als »Amputation der Begünstigten-Rechte« interpretiert wurden, in denen der OGH untersagte, dass ein aufsichtsratsähnlicher Beirat mehrheitlich mit Begünstigten besetzt werde<sup>64</sup> und dass Berater der Begünstigten im Stiftungsvorstand vertreten sein dürften.<sup>65</sup> Diese Diskussion soll hier schon aus Platzgründen – und weil dazu wirklich fast alles gesagt wurde, was gesagt werden kann – nicht wieder angestoßen werden.

Gewiss muss de lege lata die Wertentscheidung des Gesetzgebers in § 23 Abs 2, 2. Satz PSG berücksichtigt werden, die in den Gesetzesmaterialien damit begründet wird, dass der Gesetzgeber eine Dominanz des Aufsichtsrates durch Begünstigte deshalb nicht gewollt habe, weil damit jene Begünstigten benachteiligt sein könnten, die keine Aufsichtsratsmitglieder stellten.<sup>66</sup>

Gleichwohl kann man die Sinnhaftigkeit dieser Wertentscheidung zumindest rechtspolitisch kritisieren. Denn niemand hat bisher an der Legitimität eines Aufsichtsrates einer AG deshalb gezweifelt, weil in diesem nicht sämtliche Aktionäre repräsentiert seien. Dass die Mitglieder eines AG-Aufsichtsrates, die von bestimmten Aktionären namhaft gemacht oder gar entsendet worden sind, die Interessen der Gesellschaft und damit der *Gesamtheit* der Aktionäre zu berücksichtigen haben, steht im Aktienrecht außer Frage und könnte auch im PSG entsprechend klargestellt werden. Freilich haben die Parallelitäten hier ihre Grenzen. Denn im PSG gibt es eben kein Gleichbehandlungsgebot für die Aktionäre, wie es § 47 a AktG anordnet. Der Stifter kann nun einmal bestimmten Personen Begünstigten-Rechte, also zB eine genau quantifizierte Ausschüttung zugestehen, und anderen Personen nur eine Anwartschaft oder eine Ermessensbegünstigung einräumen. Wird einem Begünstigten-Beirat zu viel Macht eingeräumt – in den Gesetzesmaterialien ist freilich sogar davon die Rede, dass ein solcher Beirat auch gewisse Weisungsfunktionen gegenüber dem Vorstand haben könne – dann besteht in der Tat eine gewisse Gefahr, dass insb jene Begünstigten, deren Rechtsstellung nicht schon in der Stiftungsurkunde oder der Stiftungszusatzurkunde glasklar abgesichert ist (weil ihnen eben kein klagbarer und quantifizierter Anspruch zusteht) unter die Räder kommen.

64 »Beiratsentscheidung«: OGH 5.8.2009, 6 Ob 42/09h, PSR 2009, 93 = GesRZ 2009, 372 mit Anm Hochedlinger = NZ 2009/108 = eclex 2009/379 = GeS 2009, 99 mit Anm Winner.

65 »Rechtsanwaltsentscheidung«: OGH 16.10.2009, 6 Ob 145/09f, PSR 2009, 99 mit Anm Winner = ZfS 2009, 192 mit Anm Lauss/Lang = GeS 2009, 336 mit Anm Mager.

66 EB RV 1332 BlgNR XVIII. GP zu § 23 Abs 2: »Obwohl Begünstigte ein besonderes Kontrollinteresse haben, sollen sie dennoch nicht die Mehrheit im Aufsichtsrat haben, weil dies anderen, nicht im Aufsichtsrat vertretenen Begünstigten zum Nachteil gereichen könnte.«

Auch diese Überlegungen sprechen aber nicht dagegen, dass der Stifter einen Beirat einrichtet, der aus *sämtlichen Begünstigten* zusammengesetzt ist. Dann greift nämlich die für den Gesetzgeber des PSG maßgebende Erwägung für die Implementierung des § 23 Abs 2, 2. Satz PSG schlichtweg nicht. Dasselbe gilt für einen aus *sämtlichen* Begünstigten zusammengesetzten Aufsichtsrat. Zumindest rechtspolitisch ist nicht einzusehen, warum das Gericht nicht einen solchen bestellen können sollte. Diesfalls wäre dem § 23 Abs 2, 2. Satz PSG ebenfalls die ratio entzogen.

Ob diese Erwägung für eine teleologische Reduktion der Norm in solchen Fällen ausreicht, in denen der Aufsichtsrat/-Beirat *sämtliche* Begünstigte als Mitglieder aufweist, man also schon de lege lata die Zulässigkeit einer derartigen Gestaltung vertreten kann, wäre zu diskutieren. Eine gesetzliche Klarstellung ist mE wünschenswert.

Das Liechtensteinische Stiftungsrecht kennt diese gestalterische Enge nicht.

#### IV. Abberufung von Vorstands/Stiftungsratsmitgliedern

Ein wesentlicher Faktor der Foundation Governance ist die Regelung der Frage, wie leicht oder schwer sich die Stiftung von einem nicht korrekt oder nicht erfolgreich<sup>67</sup> agierenden Vorstand trennen kann bzw – rechtspolitisch betrachtet – trennen können soll. Für jemanden, der sein Vermögen einer juristischen Person anvertraut, sollte dieser Gesichtspunkt sogar ganz wesentliche Bedeutung haben. Es gehört zu den »Geheimnissen« des Finanzplatzes Liechtenstein (die vielleicht gar nicht so geheimnisvoll sind), dass die hierzulande seit jeher zu konstatierenden Schwierigkeiten, einen nicht ordnungsgemäß wirtschaftenden oder sich in einem Interessenkonflikt befindlichen Stiftungsrat loszuwerden, dem Zufluss an Kapital keinen Abbruch getan haben.<sup>68</sup>

67 Dabei handelt es sich um eine sowohl in Österreich als auch in Liechtenstein nur sehr wenig diskutierte Frage: grundsätzlich sprechen in beiden Rechtsordnungen mE keine Bedenken dagegen, einen Stiftungsvorstand/Stiftungsrat auch dann abzuberufen, wenn ihm zwar keine (grobe) Pflichtverletzung nachgewiesen werden kann, er aber bei der Verwaltung des der Stiftung anvertrauten Vermögens objektiv erfolglos ist und dies auch als Abberufungsgrund statuiert wurde.

68 Man kann es auch anders formulieren: Personen, die das der Stiftung gewidmete Geld nicht immer ordnungsgemäß steuerlich deklariert haben (und davon gibt es in Liechtenstein trotz nicht zu verkennender Bereinigungsstendenzen natürlich noch immer mehr als genug) tun sich schwerer, gegen einen nicht ordnungsgemäß wirtschaftenden Stiftungsrat

Denn in punkto Abberufung des Vorstandes/Stiftungsrates bestehen zwischen dem Österreichischen und dem Liechtensteinischen Stiftungsrecht<sup>69</sup> nicht unerhebliche praktische Unterschiede, die aber weniger durch eine unterschiedliche Gesetzeslage als vielmehr durch eine unterschiedliche Judikatur der befassten Höchstgerichte bewirkt wird.

Während der OGH in Österreich bei der Abberufung von Stiftungsvorstandsmitgliedern sogar tendenziell großzügiger zu sein scheint als bei der Abberufung von Vorstandsmitgliedern einer AG und insb Interessenkonflikten von Vorstandsmitgliedern sehr kritisch bzw ablehnend gegenüber steht und mehrfach betont hat, bei der Beurteilung des Vorliegens eines Abberufungsgrundes sei kein allzu strenger Maßstab anzulegen,<sup>70</sup> lässt der FL-OGH hier (nicht nur) meiner Einschätzung nach deutlich zu viel Nachsicht mit Stiftungsräten walten, und er tut dies bis in jüngste Zeit.

Anhand von zwei ohnehin schon mehrfach diskutierten und mehrfach besprochenen E des FL-OGH sei dies kurz belegt:

In dem der E des FL-OGH vom 5. Februar 2010<sup>71</sup> zugrunde liegenden Sachverhalt investierten die beiden Stiftungsratsmitglieder ein Drittel des Stiftungsvermögens in ein Bauprojekt. Zunächst erfolgte die Investition in Form eines ungesicherten Darlehens, das später in eine Beteiligung an der Eigentümer-Gesellschaft umgewandelt wurde. Einen Stiftungsratsbeschluss gab es nicht. Eines der Stiftungsrats-Mitglieder war nicht nur mit 90% an dieser Schweizerischen AG beteiligt, sondern auch Präsident des Verwaltungsrates. Dividenden- und Gewinnausschüttungen bekam die Stiftung nie. Dem Abberufungsbegehren gab nur die erste Instanz statt, nicht jedoch das Obergericht und der FL-OGH, der eine Interessenkollision schlicht mit der Begründung verneinte, dass die erforderliche Erheblichkeit und Gravität des Verhaltens nicht vorliege und man in diesem Falle sogar von einem Interessengleichklang (!) sprechen könne, weil ein 90%-Aktionär ja das Interesse am Gedeihen der Gesellschaft habe und dieses Interesse mit dem Interesse der Stiftung deckungsgleich sei.

vorzugehen als Personen, die steuerlich völlig sauber sind. Ein solcher Zusammenhang wird natürlich nie offiziell zugegeben werden; spricht man mit Insidern des Finanzplatzes Liechtenstein und erfahrenen Treuhändern sowie Rechtsanwälten unter vier Augen, bekommt man das aber sehr wohl deutlich zu hören.

69 Vgl zu Abberufung nach liechtensteinischem Recht jüngst *Ender*, Die Abberufung des Stiftungsrates nach liechtensteinischem Recht (2012).

70 Vgl OGH 14.12.2000, 6 Ob 278/00a, *ecolex* 2001, 842 = *GesRZ* 2001, 95 = *RdW* 2001, 280 = *wbl* 2001, 534; vgl auch OGH 31.8.2006, 6 Ob 155/06x, *JB* 2007, 319 = *RdW* 2007/24 = *ZfS* 2006, 151 mit Anm *Csoklich*.

71 Beschluss des FL-OGH vom 5.2.2010, 10 HG.2008.28, *LES* 2010, 218.

Die Entscheidung ist verfehlt, weil hier sehr wohl ein manifester Interessenkonflikt besteht und man sich mit nur wenig Phantasie die verschiedenen Interessenkonflikt-Szenarien leicht ausmalen kann. So könnte der Stiftungsrat und Mehrheitsaktionär versucht sein, im Fall einer Krise die Investition der Stiftung mittels Kapitalerhöhung durchzuführen und damit sein eigenes Investment zu retten oder bei einem Abverkauf wegen krisenhafter Entwicklung zuerst die eigene Beteiligung abzustoßen und später die Beteiligung der Stiftung zu einem schlechteren Preis.<sup>72</sup>

In einem weiteren Fall aus dem Jahr 2011 verneinte der FL-OGH eine grobe Pflichtverletzung der beiden Stiftungsräte, die durch einen Mandatsvertrag in zwei jeweils vom Ehemann und seiner Ehefrau errichteten Stiftungen gebunden waren,<sup>73</sup> und wo die Stiftung der Frau (mittels eines von dieser ererbten – also nicht etwa vom Mann zur Verfügung gestellten<sup>74</sup> - Vermögens von rund 8 Mio SFr) verhältnismäßig konservativ veranlagte, sodann jedoch vom personenidenten Stiftungsrat zugunsten der in hochspekulativen Anlagen investierten Stiftung des Mannes missbraucht und um einen erheblichen Teil ihres Vermögens gebracht wurde. Die Ausführungen des OGH, dass der Mandatsvertrag den Stiftungsrat nur verpflichtete, nach den Weisungen des Stifters vorzugehen und ohne Erhalt von Weisungen überhaupt keine Tätigkeitsverpflichtungen bestünden,<sup>75</sup> verdienen entschiedenen Widerspruch<sup>76</sup> und können hier nicht umfassend kommentiert werden. In diesem Erkenntnis offenbart sich das größere und für die Liechtensteinische Stiftungspraxis noch immer sehr relevante Problem der sogenannten Mandatsverträge, denen der FL-OGH mit dieser recht jungen Entscheidung eine in dieser Form doch unerwartete und va unverdiente neue Anerkennung verschaffte, obwohl dieses Institut rechtlich mehr als fragwürdig ist, und es jedenfalls den weisungsgebundenen Stiftungsrat nach den Vorstellungen des FL-OGH in der zitierten Entscheidung definitiv nicht geben darf, weil dieser mit den Prinzipien des Liechtensteinischen Stif-

72 Vgl die Kritik von *Ender*, Die Abberufung des Stiftungsrates nach Liechtensteinischem Recht (2012), 48 f und *Schauer*, Das neue Stiftungsrecht in der Praxis – eine erste Zwischenbilanz unter Berücksichtigung der Rechtsprechung, LJ 2011, 91 ff, 98.

73 In beiden Stiftungen waren sowohl der Mann als auch die Frau jeweils einzeln aus dem Mandatsvertrag weisungsberechtigt, wobei in der einen Stiftung der Mann als Auftraggeber und die Frau als Instruktionsberechtigte fungierte und es in der anderen Stiftung umgekehrt war.

74 Eine solche Konstellation hatte die 1<sup>e</sup> des FL-OGH zwar rechtlich natürlich auch nicht tragen, aber zumindest eine Erklärung liefern können, warum das Höchstgericht es tolerierte, dass eine Stiftung zu Gunsten der anderen durch einen personenidenten Stiftungsrat gleichsam ausgeplündert wurde.

75 Diese Regelung war tatsächlich in den Mandatsverträgen so enthalten!

76 Scharf ablehnend auch *Schauer*, in Universität Liechtenstein, Tagungsband 3. Stiftungsrechtstag (2012) 51 ff, 76 ff.

tungsrechts nicht vereinbar ist. Kann man schon mit Fug und Recht bezweifeln, ob die Bindung des Stiftungsrates an laufende Weisungen überhaupt zulässig ist, darf es auf keinen Fall ankommen, dem Stiftungsrat außerhalb des Empfangs von Weisungen keinerlei Tätigkeits- und Handlungspflicht aufzuerlegen. Wie *Schauer*<sup>77</sup> zutr schreibt, muss man in einem solchen Fall wohl von einer Mentalreservation des Stifters ausgehen, der in Wahrheit gar keine Stiftung errichten, sondern weiter völlig frei über das Vermögen verfügen wollte.

Dass die E des FL-OGH auch aus dem Grund nicht zu überzeugen vermag, weil der Stiftungszweck zu wenig klar umrissen war<sup>78</sup> und den vom Höchstgericht selbst in seiner berühmten E aus 2003<sup>79</sup> aufgestellten Anforderungen nicht genügte, sei hier nur der Vollständigkeit halber ergänzt.<sup>80</sup>

Aus genereller Sicht muss konstatiert werden, dass der FL-OGH die Anforderungen für die Abberufung von Stiftungsräten tendenziell zu hoch ansetzt. Das von ihm betonte *ultima ratio*-Prinzip ist problematisch und führt im Ergebnis dazu, dass ein Stiftungsrat schon praktisch »in die Kasse greifen« muss, um abberufen zu werden.<sup>81</sup>

Selbst wenn man nicht jener »radikalen« Sichtweise folgt, die bei der Abberufung von zur Verwaltung fremden Vermögens berufenen Vorstandsmitgliedern generell kein eigenes Bestandschutzinteresse des Mandatsträgers und damit auch keine Interessenabwägung zwischen Bestand- und Auflösungsinteresse wie sonst bei der vorzeitigen Auflösung von Dauerschuldverhältnissen anerkennen möchte,<sup>82</sup> ist eine solche Betrachtung doch gerade bei Stiftungsräten (Stiftungsvorständen) angebracht, weil ihr Bestandschutzinteresse im Sinne eines eigenen Interesses, die (in aller Regel nebenberuflich neben einer Vielzahl vergleichbarer Mandaten ausgeübte) Tätigkeit fortführen zu dürfen, in der

77 *Schauer*, in Universität Liechtenstein, Tagungsband 3. Stiftungstag (2012) 51 ff, 77 f, 78.

78 Die entsprechende Regelung, mit der die Verwendung des Stiftungsvermögens der einen Stiftung zu Gunsten der anderen gerechtfertigt wurde und die in Wahrheit nichtig war, lautete: »Die Stiftung kann ferner außerhalb des Familienkreises Ausschüttungen an bestimmte oder bestimmbare natürliche oder juristische Personen, Institutionen und/oder Vornehmen oder jenen sonstigen wirtschaftliche Vorteile gewähren.«

79 Vgl FL-OGH 1 CG.2002.262-55

80 Klar ablehnend auch *Schauer*; in Universität Liechtenstein, Tagungsband 3. Stiftungstag (2012) 51 ff, 78 f.

81 So *Ender*, Abberufung (2012) 97 f.

82 So aber zB dezidiert *Schauer*; in Universität Liechtenstein, Tagungsband 3. Stiftungstag (2012) 51 ff, 62 f für den Stiftungsrat. Die Frage ist vor allem in Deutschland in bezug auf die Abberufung von Vorstandsmitgliedern einer AG heftig umstritten, wobei schon gute Gründe dafür sprechen, bei AG-Vorstandsmitgliedern in bezug auf die Mandatsbeendigung ganz vorrangig das Interesse der Gesellschaft daran, ihr Vertretungsorgan selbst zu bestimmen, zu berücksichtigen und Bestandsinteressen des Organmitgliedes über den Anstellungsvertrag und dessen gänzliche oder teilweise Auszahlung Rechnung zu tragen.

Tat keine Anerkennung verdient. Dies gilt für das Liechtensteinische Stiftungsrecht umso mehr, als dieses ja gar keine wichtigen Gründe normiert, sondern die Abberufung in Bezug mit der Pflicht der Behörde setzt, für eine ordnungsgemäße und dem Stiftungszweck entsprechende Verwaltung des Stiftungsvermögens zu sorgen.<sup>83</sup>

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Sowohl das Österreichische als auch das Liechtensteinische Stiftungsrecht weisen durchaus gewisse Lücken und Schutz- bzw Kontrolldefizite auf, was die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Verwaltung des der Stiftung anvertrauten Vermögens anbelangt.

Etwas überspitzt könnte man sagen, dass die Defizite in Österreich mehr der gesatzten Rechtsordnung entstammen (mit der der Österreichische OGH tw recht »innovativ« umgeht), wohingegen in Liechtenstein die Schutzlücken eher der Stiftungspraxis zuzuordnen sind. Der tendenziell zu wenig strengen Kontrolle der Gebarung der Stiftungsräte und der zu großen Nachsicht bei der Bejahung von Abberufungsgründen durch den FL-OGH kommt dabei nicht unwesentliche Bedeutung zu. Legistische Abhilfe geschaffen werden sollte auch gegen die in Liechtenstein immer wieder auftretenden und durch das im Zuge der Reform sogar noch weiter »formbefreite« Institut der hinterlegten Stiftung verstärkten Schwierigkeiten von Personen, ihre Begünstigteneigenschaft zu ermitteln.

In Österreich täte eine auf Gesetzesebene stattfindende Stärkung der Begünstigten-Rechte not. Auf jeden Fall sollte Begünstigten das Recht eingeräumt werden, eine Sonderprüfung gemäß § 31 PSG zu beantragen. Auch eine amtswegige Sonderprüfungsmöglichkeit wäre zu diskutieren, denn das Antragsrecht des Vorstandes ist tendenziell funktionslos. Außerdem wäre es sowohl für Österreich als auch und insbesondere für Liechtenstein angebracht, nähere Regeln über die Unabhängigkeit der Vorstands- bzw Stiftungsratsmitglieder *voneinander* zu haben. Ein aus zwei Partnern ein- und derselben Treuhand- oder Rechtsanwaltskanzlei gebildeter Stiftungsrat (in Liechtenstein eher die Regel als die Ausnahme) bzw die Vertretung eines Senior- und eines Juniorpartners ein- und derselben Rechtsanwalts- oder Wirtschaftstreuhandkanzlei im Stiftungsvorstand (in Österreich zumindest nicht ganz unüblich) ist unter dem Blickwinkel

<sup>83</sup> Darauf weist ganz zu Recht Schauer (in Universität Liechtenstein, Tagungsband 3. Stiftungstag [2012] 51 ff, 62) hin.

der Foundation Governance bedenklich und beeinträchtigt die ohnehin schwach ausgeprägte Fähigkeit des Vorstandes, sich selbst zu kontrollieren.

Ein Argument für die Erforderlichkeit einer Reform lässt sich zumindest für Österreich nicht zuletzt darin finden, dass die noch vergleichsweise junge Stiftungsrechtsordnung in Österreich ja seit einiger Zeit mit dem Abtreten (Versterben) der Stiftergeneration konfrontiert ist und sich damit gleichsam automatisch Probleme auftun (die natürlich auch mit der vor allem in den ersten Jahren des PSG nicht so ausgefeilten Satzungs-Gestaltungspraxis zu tun haben), die nicht offen zu Tage traten, als Stifter in »ihren« Stiftungen noch mehr oder weniger praeter legem selbst das Heft in der Hand hielten. Der Konflikt zwischen Begünstigten und einem Vorstand, der vor allem das Vertrauen des nicht mehr existenten Stifters besaß, wird in den nächsten Jahren die Rechtspraxis mehr und mehr beschäftigen und erfordert eine etwas ausbalanciertere Foundation Governance, als sie dem PSG derzeit eigen ist.